

RESOLUCIÓN (Expt. r 648/05, Centros Deportivos Benicarló)

Pleno

Excmos. Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Antonio del Cacho Frago, Vicepresidente
D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal
D. Miguel Comenge Puig, Vocal
D. Javier Huerta Trolèz, Vocal
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vocal

En Madrid, a 10 de marzo de 2006

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 648/05 (2366/02 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante el Servicio) incoado para resolver el recurso interpuesto por la Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de Castellón (Aprodeport) contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia, de 14 de febrero de 2005, de archivo del expediente nº 2366/02 que tuvo su origen en su denuncia contra el Ayuntamiento de Benicarló por presunta infracción de los artículos 6 y 7 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), al ofertar cursos de *aerobic* y gimnasia de musculación en instalaciones públicas a precios predatorios, con deslealtad y abuso de posición dominante.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 22 de febrero de 2002 tuvo entrada en el Servicio denuncia formulada por Aprodeport contra el Ayuntamiento de Benicarló por presunta infracción de los artículos 6 y 7 LDC, al ofertar cursos de *aerobic* y gimnasia de musculación en instalaciones públicas a precios predatorios, con deslealtad y abuso de posición dominante.
2. El 14 de febrero de 2005 el Servicio dictó Acuerdo de archivo de las actuaciones.
3. El 2 de marzo de 2005 tuvo entrada en el Tribunal recurso de Aprodeport contra el mencionado Acuerdo de archivo.

4. El 3 de marzo de 2005 el Tribunal solicitó del Servicio el informe requerido por el artículo 48.1 LDC y el expediente seguido en el Servicio, recibándose ambos en el Tribunal el 9 de marzo de 2005.
5. El 17 de marzo de 2005 el Tribunal puso de manifiesto el expediente al interesado concediendo plazo para la formulación de alegaciones, recibándose el 28 de marzo de 2005 las alegaciones de Aprovechamiento adjuntando el documento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones titulado *La actividad de las AAPP en el sector de las telecomunicaciones. Catálogo de buenas prácticas*.
6. El 15 de abril de 2005 se recibieron nuevas alegaciones de Aprovechamiento refiriéndose a la sentencia S 09-09-2003, C-198/2001.
7. El Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión plenaria de 1 de marzo de 2006, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.
8. Es interesada:
Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de Castellón (Aprovechamiento)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El SDC archivó el expediente tras un proceso de información reservada en el que obtuvo los siguientes datos:

“1.- En junio de 2002, Benicarló tenía 22.105 habitantes. Desde 1988 el Ayuntamiento de Benicarló, viene programando y desarrollando distintos cursos de gimnasia y aeróbic, que se han llevado a cabo directamente por medios propios o a través de colaboración con centros deportivos privados de la localidad. Para el desarrollo de estas actividades, el Ayuntamiento cuenta con once instalaciones deportivas municipales en las que se pueden practicar actividades tales como baloncesto, balonmano, badmington, escalada, patinaje, natación, petanca, etc

2.- En febrero de 1999, el Ayuntamiento de Benicarló, sobre la base del establecimiento de piscina municipal cubierta, convocó un “Concurso público para adjudicar la concesión de la Gestión y Explotación de la Piscina Cubierta Municipal y Construcción y Gestión, en su caso, de Determinadas Instalaciones Complementarias”.

En el Pliego de Cláusulas Administrativas por el que debía regirse dicho concurso se estipulaba lo siguiente:

- *El servicio público objeto de la concesión incluía, en cuanto a la piscina municipal cubierta, todos los aspectos referidos a la explotación, gestión, dotación de personal, mantenimiento y conservación de instalaciones.*
- *En cuanto a las “Instalaciones Anexas Obligatorias”, comprendía la construcción, conservación, mantenimiento, gestión y explotación de todas aquellas instalaciones que propusiera el adjudicatario en su oferta, que tendieran a rentabilizar económicamente el complejo deportivo objeto de concesión.*

Eran obligatorias: saunas; instalaciones de hidromasaje; salas de musculación, y sala polifuncional. Además, podrían construirse en terrenos adyacentes a la piscina y de propiedad municipal otras instalaciones de carácter análogo que se considerarían mejoras en la oferta.

- *El Ayuntamiento no participaría en la financiación del servicio con ninguna subvención, préstamo o aval.*
- *Los precios públicos serían los establecidos por el adjudicatario en su oferta, para lo cual debía presentar un proyecto de Ordenanza Fiscal reguladora de los mismos.*
- *Entre las obligaciones del adjudicatario figuraba la de hacerse cargo de todos los gastos derivados de la explotación de instalaciones y servicios, y efectuar el pago de los tributos que le correspondiesen.*

Al Concurso se presentaron tres ofertas: FEDERACIÓN DE DEPORTES ADAPTADOS DE LA COMUNIDAD; UTE SEAE-UBAE, y DORSAL, S.L. La adjudicataria fue la UTE SEAE-UBAE.

4.- La gestión de las instalaciones y servicios por parte de la UTE se inició el 1 de octubre de 1999.

Durante el último trimestre de 2000 el concesionario, conforme a lo ofertado y aceptado por la Administración, puso en funcionamiento los servicios de gimnasia en sendas salas polivalentes (mantenimiento y aeróbic) y fitness, musculación y cardiovascular.

El 17 de noviembre de 2000, fecha de la tercera Comisión de control por parte del Ayuntamiento, la empresa concesionaria reconocía haber alcanzado un número de abonados de 1.444 y proponía un aumento del 3,5 % de los precios de las actividades y alquiler de espacios. En octubre de 2001, el Centro Deportivo del Ayuntamiento contaba con 1.978 abonados, lo que representa un 8,9% de la población.

5.- El Ayuntamiento de Benicarló aprobó el 18 de julio del 2000 la Ordenanza P-3 reguladora del precio público por prestación de servicios en piscina municipal e instalaciones complementarias. El 29 de noviembre de 2001, se aprobó la modificación de la citada Ordenanza fiscal P-3 siendo publicada en el BOP el 29 de enero de 2002.

En dichas Ordenanzas se contempla un abono que va desde 23,75 €/mes, para adultos hasta 12,50 €/mes para infantil y discapacitados, más la inscripción que se corresponde a una mensualidad. Dicho abono incluye el uso de piscina climatizada, sauna, baño de vapor, sala fitness de 200 metros cuadrados, sala polivalente de 150 m², actividades físicas dirigidas y el 20% de descuento en programas de salud.

Así, los precios públicos son propuestos por la concesionaria y permiten autofinanciarse a UBAE-SEAE, S.L. y, por tanto, cubrir los costes de las actividades de la piscina municipal e instalaciones complementarias a partir del 2002.

7.- En 2002, según datos aportados por el Ayuntamiento, en Benicarló había 5 Centros Deportivos privados:

- 1.-Mercader Cerdá (Gimsport)*
- 2.-Centro Deportivo Mabel*
- 3.-Gimnasio Mayrobic*
- 4.-Gimnasio Ballester*
- 5.-Miguel Sanz Vidal*

De los gimnasios actualmente en funcionamiento en Benicarló, uno de ellos, Miguel Sanz Vidal, abrió en el año 2002, y Jose Ballester que tiene el Gimnasio Trilles desde 1986, abrió un nuevo local, Gimnasio Ballester, en noviembre de 2000.

El gimnasio Mayrobic, si bien figura en los datos del Ayuntamiento, cerró hace cuatro años.

El gimnasio Ballester tenía en 2002 una oferta global de 36,6 euros que incluía gimnasia dirigida con música, mantenimiento físico y sala fitness. De la información remitida se deduce que su actividad ha crecido, pasando de una facturación anual en el año 1999 de 17.097 €, a 32.461 € en 2004, con unos máximos en los años 2002 (51.696 €) y 2003 (45.697 €).

El Centro Deportivo Mabel tenía en 2002 una tarifa de 25,84 euros e incluía aeróbic, mantenimiento, pesas, piscina libre y gimnasia rítmica. En los ejercicios de los que ha facilitado la facturación 1997-2001, ésta ha descendido progresivamente, de 44.889 € (1997) a 23.143€ (2001), sin que se observe ningún cambio en la tendencia tras la apertura del centro municipal.

El gimnasio Gimsport, que inició su actividad en 1993, ofrece clases de aeróbic, pesas, cardio, sauna y rayos uva a un precio que va desde los 27 euros a los 32, en función del número de días que se asista a clase. Su facturación en estos últimos años ha evolucionado de 30.056 € en 1999, a 34.712 € en 2003.

El gimnasio Miguel Sanz Vidal inició su actividad en enero de 2002 e imparte clases de musculación y sus variantes (fitness, mantenimiento, etc.); cuenta con aproximadamente 220 matrículas y cobra una tarifa de 32 euros al mes. Su facturación ha pasado de 5.174€ netos en 2002, a 7.556€ netos en 2003.”

2. En su escrito de recurso APRODEPORT, realiza una exposición de hechos en la que, sin discrepar sustancialmente de los que el Servicio hace constar en el Acuerdo de archivo, destaca aquéllos que considera que el Ayuntamiento ha realizado con omisión de deberes administrativos irrenunciables y con infracción de la LDC: precios muy favorables para el uso conjunto de la piscina y de las instalaciones anexas para la práctica de gimnasia, así como desleales ventajas económicas para el concesionario que no paga canon por la cesión de la piscina ni por la ocupación del suelo donde ha instalado el gimnasio,

construido sin licencia municipal, y que no lleva contabilidad separada por las distintas actividades que gestiona.

Presenta, después, el recurrente una muy larga fundamentación jurídica según la cual el Acuerdo de archivo del Servicio infringiría el artículo 38 de la Constitución que reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, distintos artículos del Tratado de la Unión Europea como el 157 que aprueba crear un entorno favorable para la pequeña empresa e, incluso, otros artículos de la Constitución Europea que, pese a no estar en vigor, fue refrendada por el pueblo español, con supuesta infracción también de convenios internacionales asumidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal de Derechos Humanos y Tribunal Supremo.

Por último, se centra el recurrente en lo que considera la más peligrosa de las prácticas restrictivas de la competencia, aquella que reúne notas de abuso de posición de dominio, de competencia desleal y de infracción de ayudas públicas (folio 71).

3. El Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre asuntos muy parecidos al que se ventila en este expediente, expresando la deseabilidad de que las Administraciones Locales cumplan cuanto está legalmente dispuesto sobre la motivación de sus intervenciones en el mercado (*oportunidad y conveniencia*) y sobre la fijación de *precios públicos*. Simultáneamente, el Tribunal ha explicado que no es la instancia competente para recurrir supuestas infracciones de tales preceptos. *“Sin embargo, aunque el Tribunal considera deseable que, como señalan las Leyes 7/85 y 37/89 citadas por el recurrente, la intervención de las Administraciones Públicas en los mercados se produzca tras comprobar mediante expediente que dicha intervención es conveniente y oportuna y que, si se lleva acabo, se establezca un nivel de precios que no provoque la eliminación de la actividad privada, es lo cierto que no está legalmente habilitado para enjuiciar actos administrativos, es decir dictados por autoridad competente en aplicación de potestades legalmente conferidas. Estos actos deben ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa ya que el Tribunal no puede enjuiciar si el Cabildo cumplió o no las obligaciones que establecen las leyes reguladoras del funcionamiento de las Administraciones Locales (R 608/04 Embarcaciones Lanzarote).”*

El propio recurrente no desconoce que muchas de las cuestiones que plantea deben ser resueltas ante jurisdicciones diferentes a la de los órganos de defensa de la competencia, puesto que menciona la

querrela criminal que ha interpuesto contra el Alcalde de Benicarló por supuesta prevaricación (folio 24 del recurso) y la impugnación contencioso-administrativa por supuesta infracción de preceptos contenidos en la Ley 39/88, de Haciendas Locales y en la Ley 8/89 de Tasas y Precios Públicos (folio 51 del Recurso).

Por lo que se refiere a la supuesta infracción de la Ley de Defensa de la Competencia que el recurrente concreta en abuso de posición dominante, competencia desleal y ayudas públicas cabe señalar que, en lo que se refiere a estas últimas, el Tribunal carece de atribuciones para considerarlas en un expediente sancionador ya que sólo puede, según el artículo 19 LDC, analizar, de oficio o a instancia del Ministro de Economía y Hacienda, los criterios de concesión de las ayudas públicas, en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia con el fin de emitir un informe que elevará al Consejo de Ministros.

Por otra parte, dado el amplio apoyo jurisprudencial a la posibilidad de que la gestión de los servicios públicos no se limite a los servicios esenciales y pueda prestarse en régimen de concurrencia con la iniciativa privada, siempre que sean de utilidad pública, se presten dentro del término municipal correspondiente y en beneficio de sus habitantes, no puede atribuirse al Ayuntamiento de Benicarló una conducta abusiva. No en vano, el Servicio ha tenido en cuenta, a la hora de archivar las actuaciones, el mandato constitucional (art. 43.3 CE) según el cual los Poderes Públicos fomentarán la educación física y el deporte; la Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local que, en su art. 25 define como *“servicios que debe prestar todo municipio con población superior a 20.000 habitantes, los de instalaciones deportivas de uso público”*; la normativa autonómica referida al caso, que atribuye al Ayuntamiento la promoción y gestión del *“deporte para todos”*; y la propia actuación del Ayuntamiento, que ha utilizado como forma de gestión de dichas instalaciones un procedimiento administrativo mediante la convocatoria de Concurso, dando entrada al sector privado a la gestión de mismas, consideró que no había indicios de infracción de la LDC.

Por lo que se refiere a la supuesta deslealtad de la conducta denunciada sólo podría ser conocida por este Tribunal, según el artículo 7 LDC, si distorsionara gravemente las condiciones de competencia en el mercado y afectase al interés público.

A este respecto, el mantenimiento del número de gimnasios en Benicarló desde 2002 y el incremento de la facturación de algunos de ellos en los últimos años que indican los datos recabados al efecto por el Servicio (ver primer fundamento de derecho de esta Resolución) no acreditan la grave distorsión de las condiciones de competencia y parecen indicar que hay sitio en ese mercado para las iniciativas públicas y privadas.

Con respecto a la afectación del interés público, el Tribunal ya se ha referido a la necesidad de que la intervención pública en el mercado se realice, no sólo de acuerdo con las normas de fomento del deporte, sino también con respeto a las normas de competencia, señalando, en todo caso, la dificultad de establecer un balance en términos de interés público que pondere las ventajas para el ciudadano de la existencia de cursos o instalaciones subvencionados en contraposición con el daño a la competencia que tales subvenciones puedan producir (R 608/04 Embarcaciones Lanzarote).

En una Resolución posterior el Tribunal explica esta dificultad en los siguientes términos:

“...el análisis está obligado a partir de planos competitivos diferentes para el Ayuntamiento que promueve y desarrolla la práctica deportiva y para los centros privados oferentes de práctica deportiva. Lo que hace difícilmente comparable, en términos de competencia, la política de precios del ayuntamiento y la política de precios de los gimnasios privados

...el legislador consideró que las actividades deportivas están sujetas a importantes externalidades positivas que los poderes públicos están obligados a explotar para mejorar el bienestar general. Obviamente, estas externalidades positivas, aunque modifican el nivel del bienestar general, no pueden ser tenidas en cuenta por el sector privado de actividad, en tanto que no pueden traducirlo en una minoración de costes o en mayores ingresos. Por lo tanto, los precios de unos y de otros, administración pública y sector privado, se determinan con arreglo a una estructura de costes diferente.

...

Otra cosa bien distinta, y no está de más señalarla, es que las administraciones públicas municipales, desde la libertad de ejercicio de sus propias prerrogativas, pueden contar con la iniciativa privada para dotar de mayor alcance y de mayor eficiencia a los múltiples objetivos señalados, optando, si fuera el caso, por reconocerles esa misma

capacidad para generar externalidades positivas, que evidentemente habría que retribuir.” (R 653/04 Deportes Álava).

Por todo ello, el Tribunal debe confirmar el Acuerdo de archivo del Servicio y desestimar el recurso de Aprovechamiento.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

Único.- Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de Castellón (Aprovechamiento) contra el Acuerdo de la Directora General de Defensa de la Competencia, de 14 de febrero de 2005, por el que se archiva el expediente nº 2366/02.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de la presente Resolución.